POR
IVAN DE YTAMAR, COMO MARIDO DE DOÑA MARGARITA BERVBEN:
EN EL PLEYTO CON
D. GERONIMO DE ARBISV.

LA Reuocatoria intentada se funda bien, por ser Acreedor anterior Doña Margarita, por lo que se le resta debiendo de su dote y arras, quier el dinero se aya cobrado con buena fee, o estè consumido, porque esto importa poco: y asi està determinado en esta Real Audiencia en fauor de Doña Sebastiana de Vera, contra *Afflicto, y otros, ex regula qui prior, de regulis iuris*, vt latisimè disputat *Dominus Ioannes del Castillo cap. 61. tom. 4. ex num. 75. & 82. cum seqq.*

Oponese lo primero, que la dote està pagada, porque no son ciertos vnos tributos de ochocientos ducados de principal, con cuyo cargo se le adjudicaron, en pago de vnas casas. Y lo contrario desto consta por la escritura de dote de Doña Margarita, por la qual se le dierõ en dote, apreciadas las casas con cargo de los mismos tributos: y asi mismo por los titulos y escrituras que se han presentado despues de visto el pleyto, consta de los mismos tributos, y de los que se pagan a San Benito del Iardin, que se mandàran ajustar.

Tambien se opone de vnas casas de por vida, que no se apreciarõ, y esto fue porque no tienen valor, porque no ay mejoras, ni demasia de renta; y no auiendola, no se reputan por bienes para ningun efecto. Y esto tiene facil salida, pues se recebirà en quenta lo que valierẽ, mandandose vender.

Tambien se opone de vnos caxones de añil que recibio Ricardo Suyt, y vnas barras que recibio Iaques Filtres. Y ninguna destas partidas debe recebir en quenta Doña Margarita, porque las recibieron los referidos en virtud de orden de Iuan Tolinque, y Doña Margarita

ta no tiene obligacion de excutir bienes que no eſtan en ſer, y vſa de ſu derecho en cobrar, o reuocar de la parte contraria, pues cobrò como acreedor, ſiendo poſterior a la dote; y el ſuſodicho podrà ſeguir ſu derecho contra eſtos efectos, y la dote le cederà ſu derecho.

Replicaſe contra eſto, que Doña Margarita pudo cobrar eſtas partidas, y no lo hizo; antes dio poder deſpues de viuda para que ſe cobraſſen. A que ſe reſponde que eſto no le prejudica para cobrar ſu dote de qualeſquier bienes y efectos de ſu marido: vt eſt textus clarus in *l. iubemus. C. ad Veleian.* donde ſe reſuelue que el conſentimiento, o remiſsion de la muger, no le prejudica para cobrar delos demas bienes del marido, aunq̃ eſten en terceros poſſeedores, y no ſe le puede oponer la excepciõ cedendarum, y eſto es eſpecial de la dote. Optimè *Antonius Faber in. C. ad Veleian. diffin.* 15. *Afflictis deciſ.* 343. *num.* 3. Y reſuelue q̃ no ſe preſume dolo, ni fraude en la muger. Y en fauor de eſta opiniõ ſe determinô en eſta Audiencia, en el pleyto de Doña Sebaſtiana de Vera, que intentò otra reuocatoria, y auia contra ella no pocas preſumpciones de fraude.

Otras partidas que opone no ſon ciertas, ni eſtan probadas, ni ay mas de dos Eſcanfores de plata que ha confeſſado Doña Margarita, y que las entregò a Prudencio de la Renteria para la renta de la caſa.

Oponeſe lo ſegundo, que por las arras no ay hypoteca ni prelaciõ, por ſer de cauſa lucratiua. A eſto ſe reſponde, que eſta queſtion no es diſputable, porque ay ley expreſſa que la determina, que es la *ley. 29. tit. 13. part. 5.* ibi: *Fuera ende en debdo que fueſſe de dote, o de arras de muger.* Y aunque algunos Autores dixeron lo contrario; no vieron eſta ley, o no la entendieron, como nota y reſuelue el ſeñor *D. Iuan del Caſtillo lib. 3. cap. 4. n. 33. & 34.* donde concuerda las opiniones con la ley en caſo que la obligacion de las arras ſea poſterior: porque entonces no tiene priuilegio de prelacion como la dote: pero ſiendo anterior, como aqui, tiene prelacion, no por priuilegio, ſino por antelacion, q̃ ſon los terminos en que habla la dicha ley de Partida. Idem tenet *Caraſco in. l. 41. lib. 4. tit. 21. recop. n.* 216. donde reſuelue que eſta opinion es mas verdadera, & ab ea non eſt recedendum in iudicando & conſulendo, maximè quando ay inſtrumentos y hypoteca expreſſa, como aqui, & alios refert *Noguerol allegat. 17. n.* 50.

Lo tercero ſe opone, que la conſtitucion de las arras fue nulla, por auerſe hecho conſtante matrimonio. A que ſe reſponde, que tãbien eſta queſtion eſtà determinada por la *l. 1. tit. 11. par. 4.* donde dize, que las arras en Eſpaña, es lo miſmo que donacion propter nuptias, y ſe pueden conſtituir antes del matrimonio, y deſpues, vt patet ibi: *Se*

pueden

pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado, o despues: De donde infiere *Gregorio Lopez glos.4.* que se pueden prometer constante matrimonio, porque vale la donacion propter nupcias cõstante matrimonio. *l.inter eas.ff.de donat.inter virum, & vxorem.l.cum multa.§.si ig.tur.l.si constante C.de donat.ante nupt.* y pondera la *.l.87.tit.18.p.3.* ibi: *A Doña Teresa su muger*, que son palabras que suponen matrimonio constante al tiempo de la promessa y contrato. Y esto mismo se prueba por la *.l.2.tit.2.lib. 5.rocop.* ibi: *La ley del fuero que dispone que no pueda el marido dar mas de arras a su muger, &c.* Y estas palabras tambien suponen matrimonio constãte, porque antes de celebrarse el matrimonio no se llaman marido, ni muger, sino esposo, y esposa: y la ley no auia de hablar con esta impropriedad, si no sintiera de promessa hecha constante matrimonio. Y que las arras se puedan constituir durante el matrimonio, fue opinion de muchos, que refiere *Matienço dict.l.2.glos.2.n.2. Thomas Sanchez de matrim.lib.6.disput.28.tom.1.omnino videndo*, porque reprueba al *Padre Luis de Molina de iustitia, & iure, disput.431.n.5.tomo.2.* que dixo que esta promessa es nulla, porque es verdadera donacion inter virum, & vxorem: y que la ley de Partida no habla de las arras de q̃ hablò despues la *ley del fuero, y de Toro*, quæ hodie sunt in vsu. Y esta razon se conuence, con que la mesma ley del fuero, y la ley del Reyno referida, que es la *ley.50.de Toro*, hablan de arras prometidas constante matrimonio, y de las mismas de que habla la ley de Partida. Y aunque las arras se diferencian en algunas cosas de la donacion propter nuptias, conuienẽ en que se pueden constituir constante matrimonio: y la razon es, porque las arras es vna donacion que se haze por el marido, en remuneracion de la dote que trae la muger, y assi se puede constituir constante el matrimonio, como la misma dote.

Assi las difine *Antonio Gomez in dict.l.50.Tauri.n.12.in fin.ibi Baldes.* Y por este fundamento lo resuelue el *Padre Thomas Sanchez* en el lugar citado omnino videndo. Y lo que la ley de Toro, y de la recopilacion añadieron a la ley de Partida, no fue mas que limitar la cantidad, porque cõforme a ella, no tenian limite las arras, como no la tenia la donacion propter nuptias. Pero despues destas leyes modernas, no pueden exceder de la decima parte de los bienes, y antes por ellas mismas se aprueba esta donacion de arras constante matrimonio, porq̃ concuerdan con la ley de Partida en la substancia de la donacion, y calidad de ella, y solo alteran la cantidad.

Lo vltimo se opone, que no està probado que cupiessen las arras en la dezima parte de los bienes de Iuan Tolinque. A que se responde, que las opiniones que ay en este punto, videlicet; Cui incũbat onus

 proban-

probandi; son notorias, y la mas verdadera y seguida es, que si la muger se halla con instrumento de promessa de arras, en que el marido confiessa que caben en la dezima parte de sus bienes, y se obliga a pagarlas, no necessita de probar nada, porque se funda en el instrumento, y quien le opone lo contrario, lo ha de probar.

Esta opinion sigue y aprueba el *Padre Thomas Sanchez en la disput.25 dict.lib.6.tom.1.* Donde dize que el que opone que no cabian las arras, se funda en la pobreza quam tenetur probare, *Vxor autem petens arras, non fundatur in diuitijs viri sufficientibus, sed in sola arrarum promissione, & instrumento: aduersarij verò est excipere, non sat est diuitias viri, vt ea arrarum quantitas, promittatur; ergo debet probare eam exceptionem.*

Lo mismo prueba y defiende *Ayora de partitionibus.1.par.cap.8.n.27.* donde impugna por buenos fundamentos la doctrina de Rodrigo Suarez, que es el autor de la contraria opinion: y lo mismo sigue el señor *Presidente Couarrubias variar.cap.6.n.7.in fine*, y todos los juntò *Noguerol dicta allegat.17.art.4.num.43*. Y aunque en lo vltimo della dize que en el Consejo se determinò lo contrario, porque es mas recebido en practica que la muger pruebe que cabian, quando no se halla en possession, sino que pide las arras vt actrix.

Esta doctrina se puede entender y concordar con la opinion referida, videlicet, quando la muger pide las arras en via ordinaria; que entonces propriamente se dize que las pide vt actrix. Aliud est quādo executa el instrumento que entonces no pide vt actrix, sino executa y cobra: y no ha menester probar nada para que se les despache mandamiento de execucion. Y es cosa nunca vista ni oida, que presentandose vn instrumēto de execucion de arras, sea necessario que la muger pruebe primero que cabian: pues siempre se dà el mandamiento de execucion en virtud del instrumento en que el marido confiessa que caben, y se obliga, porque es executivo; y no necessita la muger de probar nada para que se le dè el mandamiento de execucion, en conformidad de la *ley.1.2.3. del tit.21.del lib.4.de la Recopil.* que dizen que luego que se presente el instrumento de obligacion, le despache el mandamiento de execuciō, sin que sea necessario otra justificacion alguna: y este tal instrumento, siendo bueno para despachar el mandamiento de execucion, es tambien bueno para que se haga el remate, y se debe hazer sino es que el reo executado prueba excepciones relevantes en los diez dias. Y assi por estas leyes indubitablemente està relevado de probar quien se funda en el instrumento. Y a quien le toca la probança de si cabian o no cabian, es al marido, y sus herederos, que son los reos executados, porque son

acto-

actores en la excepcion; y no probãdola, es preciso sean cõdenados. Y la ponderacion destas leyes par la carga de la prueba, es innegable, aunque no han hecho reparo en ella los Autores del Reyno que tocan este punto. Y assi la quæstiõ *cui incumbat onus probandi*, està resuelta por estas leyes, aviendo instrumento executivo: y no es disputable, sino sólo en los pleitos ordinarios, dõde la muger pide las arras como actora, en que tiene necessidad de probar el fundamento de su intencion: pero no quando tiene instrumento executivo, en que no tiene necessidad de probar nada.

Esto se comprueba con la doctrina *de Baeça de non meliorandis cap.36 num.22.cum seqq.* donde resuelve, que el que pide execucion por arras o por dote, en virtud de vn instrumento, no necessita de probar que cabran; porque el instrumento es liquido, y trae aparejada execuciõ como la sentencia: refert & sequitur *Ioannes Gutierrez lib.2 pract. quæst. 15.nu.3. vers. His non obstantibus. Mieres de Maioratib.p.1.q.52.n.53.cũ seqq.* Y esto es porque el instrumento tiene por si la presuncion, que es lo q̃ basta para transferir la carga de probar en el otro: lo qual se prueba bien por la *Gloss. de la l.cum de lege.ff.de probationibus*, que se entiende segun el texto que alega, que es la *ley fin.C.iure deliberandi*, donde el heredero se releva de probar quando hizo inventario de los bienes, y dixo no avia mas, tunc quien pretendiere lo contrario, lo ha de probar, porque de el inventario nace presuncion que releva de probar.

Y quando se aya de estar a la opinion contraria que siguio el Cõsejo, segun refiere Noguerol en este pleito, tampoco tiene necessidad de probar Doña Margarita que cabian las arras, porque se halla en possession, pues en virtud de su instrumento executò a los bienes de su marido, y probò que cabian, porque tenia entonces mas de 20 ɉ. ducados de caudal, y obtuvo sentencia de remate, en cuya virtud se le dio possession de los bienes, y cobrò la mayor parte de su credito, y lo que aora pide es vn resto que le falta.

A que no obsta dezir que aquellos Autos no perjudican a la otra parte porque es tercero acreedor, porque se responde que por esta alegacion no puede impedir la execucion del instrumento, ni de la sentencia de remate, porque no puede tener mas derecho del que tenia Iuan Tolinque y sus herederos, y pues ellos se hallan vencidos y no pudieran ser oidos en esta pretension; tampoco lo puede ser su acreedor sobre lo mismo, porque es tercero coadjubante, y no excluyente; y para que lo fuera, era necessario que alegasse otro derecho independente y distincto del que han alegado los herederos de el di

 cho

cho Iuan Tolinque por nueva accion diversa petició, diverso juizio, vt in. l. Titia. ff. soluto matrimonio, & bene comprobat Salgado *de retentione 2.p. cap. 13. ex num. 3.* y nada desto concurre aqui, porque Doña Margarita executa su instrumento y sentencia de remate en los bienes de su marido que le estan hipotecados, y se hallan en poder de la otra parte, el qual bien pudiera alegar que le pertenecià por otro mejor titulo y derecho; y si lo mostrasse, obtendria, porque entonces alegava derecho nuevo y independente; pero el que muestra no es mejor, porque es vna escritura de credito posterior, y para excluir el derecho de Doña Margarita se vale de la misma alegacion que hizo Iuan Tolinque, en que ya esta vencido; y assi en quãto a esto es coadjubante, y à de tomar el pleyto en el estado en que lo halla; y no puede ser oido denuevo, porque las probanças y sentencia le prejudicã en consequencia, por auerse litigado con parte legitima, y a quien tocaua principalmente la defensa. *l. 1. de vent. inspiciend.*

Vltimamente se advierte, que quando fuesse necessario probar q̃ las arras cabian, esta probado, y consta del processo, advirtiendo que en la escritura no solo confessò Iuan Tolinque que cabian en la dezima parte de sus bienes, que entonces tenia, sino se obligò de pagar en los que adelante tuviere, con lo qual basta que tuuiesse bienes entõces, o al tiempo de su muerte: y segun la maquina de bienes que dize la otra parte que quedaron, caben muy bien las arras: y el dezir que esta escritura se hizo constante matrimonio, importa poco, pues no por esso se obliga la muger a mas probãça, supuesto que esta promesa vale, aunq̃ sea constante el matrimonio por las leyes de Partida, y de la Recopilacion, que quedan referidas. Salvo, &c.

D. Lorenço del Castillo
y Gallegos.